

Os 15 Anos da Constituição de 1988 (Breves anotações)

OSCAR DIAS CORRÊA

Ministro (aposentado) do Supremo Tribunal Federal.

1 - Transcorre a 5 de outubro próximo o décimo quinto aniversário da promulgação da Constituição de 1988, ocorrida no clima de euforia que substituiu as incertezas e dubiedades da Constituinte de 1987/1988, levando-a a impasses que o adiamento das resoluções resolveu.

Nada mais apropriado, pois, do que a publicação que a EMERJ ensaia, demais disso prestando homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves, que, Presidente do Supremo Tribunal Federal, à época (1/2/1987), presidiu a sessão de instalação da Constituinte, e que, antes e depois disso, na Corte, deixou a marca indelével de sua atuação judicante, das mais nobres, cultas, dignas e operosas de nossa história.

Vale, portanto, na data, fazer breve exame da situação atual do texto, em alguns de seus aspectos, e de sua aplicação.

2 - Há doze anos, antes da Revisão (frustra) de 1993/94, procedemos a breve análise do Texto Maior (nosso **A Constituição de 1988-Contribuição Crítica**, Forense Universitária, 1991), com as críticas que lhe fizemos, antes e depois da elaboração, ao mesmo tempo em que reafirmávamos nosso compromisso de defendê-la e cumpri-la com todas as forças.

Em nenhum momento, para nós, representou isso a mais mínima resistência ao seu integral e escoreito cumprimento. Pelo contrário: se o jurista pode e deve buscar compreender e explicar o texto, e pode dele discordar, há que, em qualquer hipótese, aplicá-lo, com rigor e respeito, pois, afinal, ele garante a estabilidade das instituições e a vida, a honra e a liberdade dos cidadãos.

Isto afirmamos, textualmente:

"promulgada, passamos a aplicá-la e defendê-la, e, em nenhum instante, por mais discordássemos de muitos dos seus preceitos, deixamos de prestar-lhe obediência e respeito"(p. 2).

Se a Constituição é a mãe de todas as leis, e, como tal, deve ressuar estabilidade, equilíbrio, harmonia para que bem possa contagiar toda a ordem jurídica, a Constituição de 1988 nasceu marcada pela instabilidade, pelo desequilíbrio, pela desarmonia, e o dissemos em oportunidade em que pareceu aos primitivos pregoeiros de sua perfeição ataque inadmissível,

embora, depois, e não muito depois, fossem, aos poucos, ou precipitadamente, ingressando na fileira dos que lhe apregoavam os equívocos.

Não há negar que sua promulgação

"lavou a alma nacional, dando a sensação de que se fazia a Constituição de todos" (nosso **A Constituição cit.**, p. 11).

Celso Bastos, encerrando seu histórico da Constituição de 1988, dá bem a idéia da situação em que se encerraram os trabalhos (**Comentários à Constituição de 1988**, com Ives Gandra Martins, v. 1º, p. 338):

"O clima de cansaço que a partir de um certo ponto se abateu sobre os constituintes e sobre a Nação, aliado à aproximação dos pleitos municipais, fez com que a Constituinte se voltasse para um trabalho denominado 'concentrado', que não deixou de trazer consigo uma grande dose de precipitação e inconsciência, surgindo ao final um clima festivo.

Fica contudo por se saber se a alegria era devida à sensação do bom trabalho realizado ou se ao alívio de ter terminado o que já se vinha tornando um verdadeiro tormento".

3 - O texto marcou-se de algumas preocupações evidentes.

A primeira delas, a reação valorizativa do Legislativo, contrastando com o período anterior (1964) de seu desprestígio.

Já o dissemos (ob. cit., p. 120):

*"Na verdade, a Constituinte de 1987/88 começou sob o signo da reação contra o Executivo centralizador. Marcou-a o ímpeto da retomada de poderes, e ante a passividade do Executivo de então, teve a sensação de **onipotência**: tudo podia fazer e criar **ex novo**. A Constituinte agiu como se nada houvesse antes dela e devesse criar tudo, à sua imagem e semelhança, para que nada devesse ser criado depois dela".*

Para isso, o novo texto superabundou ao dispor sobre as competências do Congresso Nacional, chegando às tentativas de *controle*, que temos, repetidamente, denunciado, como as do art. 49, V e X, ao tratar da competência exclusiva do Congresso Nacional.

Com efeito, em síntese, pelo inciso V, o Congresso reservou-se competência para sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar, o que, evidentemente, não lhe cabe, porque é função do Judiciário, envolvendo exame de legalidade e/ou constitucionalidade, que lhe é reservado; e pelo inciso X, dispôs-se não apenas a fiscalizar, mas a controlar, diretamente, por quaisquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta, o que é inaceitável e fere a separação, independência e harmonia dos poderes, princípio cardeal do

Estado Democrático brasileiro.

4 - Essa supervalorização congressual não obteve êxito, porque a fragilidade do regime partidário instituído (art. 17), com a livre criação, fusão, incorporação e extinção dos partidos políticos, possibilitou ao Executivo as manobras usuais em tais casos, sobretudo o uso do poder presidencial, que confere ou extingue benesses e beneficiários, exercendo força emoliente efetiva sobre as rebeldias parlamentares.

Acresceu a isso, a adoção das Medidas Provisórias (art. 62), que outorgaram ao Presidente da República a faculdade de regular, por ato individual seu, com forma de lei, e de vigência imediata, todas as matérias; e embora exigindo ocorrência de relevância e urgência, considerou altamente discricionária essa caracterização, com o que, praticamente, deu carta branca indiscriminada ao Presidente da República, para, legislador individual, unitário, tudo regular.

Delas se valeram todos, no mais amplo espectro e quantidade, balbudiando a legislação vigente, tumultuando os trabalhos legislativos, e ampliando, de forma inacreditável, o recurso ao Judiciário, agravando-lhe a condição, já então crônica, de sobrecarga de tarefas, agora agudizada.

A própria EC 32/2001, que regulou a edição das Medidas Provisórias, não bastou para conter a fúria legiferante do Presidente da República, que, embora em escala menor, continua a exercê-la com largueza maior do que seria desejável, sem que o Legislativo reclame ou o Judiciário lhe oponha obstáculo: se o conceito de *relevância* indica certa discricionariedade, o de *urgência* é facilmente avaliável.

5 - Tudo isso agravado pela natureza e extensão do texto constitucional, inçado de referências a leis que o complementassem (publicação do Ministério da Justiça, logo depois da promulgação, listava mais de 500 leis para a integração do texto).

Com efeito, todas as vezes que, nas votações, duas posições antagônicas e formalmente sustentáveis se antepuseram, a Constituinte optou pela alternativa fácil de deferir a solução à lei (complementar ou ordinária), como demonstrou, cumpridamente a referida publicação sobre a edição de leis que deveriam ser votadas para tornar plenamente aplicável o texto constitucional, que, até hoje, em muitas de suas disposições, não se completou, e não vige.

De qualquer forma, votado o texto, pensaram muitos, de boa-fé, e outros tantos o apregoaram por esperteza, que os problemas estruturais do País estariam resolvidos. Criaram-se, assim, expectativas favoráveis e justificadas esperanças de que as soluções minorassem as angústias do povo.

Como disse Calamandrei (e repeti algumas vezes), em hipótese semelhante, em outubro de 1945, quando da votação da Constituição italiana:

*"... Como se a constituinte que esperamos devesse ser um consenso de taumaturgos oniscientes e onividentes, capaz de renovar, em poucos meses, toda a legislação italiana, da reforma agrária aos códigos, das leis financeiras às escolásticas, sem perder de vista as necessidades cotidianas da alimentação, da reconstrução, do desemprego, e assim, assim, até o jogo da loteria e os novos selos (**giuoco del lotto e ai nuovi francobolli**).*

*Para evitar o formar-se dessas expectativas messiânicas sobre a onipotência da Constituinte, que depois poderão converter-se em perigosas desilusões, é oportuno ter, desde já, idéias claras sobre aqueles que deverão ser os objetivos próprios e específicos dessa grande assembléia nacional: a qual não deve ser considerada como uma espécie de câmara dos deputados renovada, distinta da antiga só pela maior extensão, pela maior quantidade, poder-se-ia dizer, de poderes legislativos que nela se concentrará; mas deve ser, sobretudo, definida pela qualidade de seus poderes, ou seja, a competência especial que terá sobre matérias de caráter constitucional acerca das quais será chamada, só ela, a legislar" (**Opere Giuridiche**, Morano, Napoli, 1969, III, p. 161) (tradução do autor).*

Aos poucos, porém, essas expectativas e esperanças se frustraram e o povo brasileiro verificou que as coisas continuaram como eram, senão agravadas pela experiência de novos institutos e novas soluções ainda não testadas na realidade.

A extensão do texto, constitucionalizando matérias que, a rigor, não deveriam merecer tal altitude, ainda mais ampliou a sobrecarga do Judiciário.

A conseqüência favorável dessa atitude foi a ampliação e concretização do conceito de cidadania, que, em bem do regime, se ampliou, pelo menos quanto à busca de direitos pelo homem comum, do que é exemplo a acentuada expansão de defesa dos direitos humanos e, em especial, os direitos do consumidor.

E só não foi maior a repercussão dos textos constitucionais porque, aos poucos, o povo se conscientizou de que os problemas estruturais não haviam sido resolvidos e havia que continuar a luta pela vida, nos moldes duros em que a enfrentava.

6 - A verdade é que, promulgada a Constituição, faltava cumprir a disposição do art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que previa o plebiscito para deliberar sobre a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que deveriam vigorar no País. Até que isso se desse, a instabilidade era a marca inelutável do texto, pois a vontade popular poderia

alterá-lo fundamentalmente.

Ao dispor nesse sentido, o constituinte fez letra morta a cláusula pétrea da república, que as Constituições anteriores consagravam, demonstrando como o compromisso com essas normas estruturais pode ceder a injunções mais ou menos correntes em determinada época, jogando por terra convicções aparentemente arraigadas. O que nos faz acentuar que as "cláusulas pétreas" só o são para a geração que as ditou e suporta, de nada valendo tentar impô-las às que lhe sucederão.

Realizado em 21/04/93 o plebiscito e consagrados a república e o presidencialismo, a revisão constitucional, prevista no art. 3º do ADCT, não teve o que alterar, fundamentalmente, no texto, então vigente, a essa altura já modificado por quatro emendas constitucionais (1/92, 2/92, 3/93 e 4/93).

7 - E por mais estranho e injustificável que pareça e é, a E. C. Revisão 1/94 acrescentou os arts. 71, 72 e 73 ao ADCT, inaugurando prática inaceitável que logo se fez corrente: incluir no texto do ADCT dispositivos que não objetivam a passagem do regime constitucional vigente ao novo regime constitucional - e para isso criado o ADCT - mas servindo aos interesses e conveniências da hora, terreno aberto para receber os enxertos e modificações que não encontrassem lugar próprio no texto da Constituição.

E foi o que se viu: o ADCT, ao invés de servir, como usual, de roteiro à passagem do regime velho para o novo, *normas de transição*, na verdade se transformou em espaço que passou a recolher todas as normas não transitórias que não encontrassem lugar no texto vigente, e servissem às conveniências da hora.

Constando, na forma original, de 70 artigos, a EC Revisão 1, de 1/3/94, acrescentou os arts. 71, 72 e 73, instituindo, nos exercícios financeiros de 1994 e 1995, o Fundo Social de Emergência.

Celso Ribeiro Bastos, comentando a Emenda (**Comentários** cit., 9º v., 1998, p. 535), acentua que "já pelo caráter transitório, fica evidenciada sua irrelevância constitucional".

A boa-fé e o senso jurídico do eminente e saudoso Mestre não captaram o significado da Emenda: abrir porteira para todas as enxertias, possíveis e inimagináveis, no texto, a fim de que o Executivo pudesse transformar o ADCT em apêndice eficaz de concretização de seus interesses, recheando-o de medidas que assumiram caráter constitucional para melhor servir à fúria legiferante do Executivo, em face de um Legislativo dócil e obediente.

E a prova é que a EC 10, de 4/3/96, modificava aqueles textos dos arts. 71 e 72 do ADCT, introduzidos pela EC Revisão 1/94. E logo depois a EC 12, de 15/08/96, introduziria o art. 74 no ADCT, para autorizar a União, a "instituir a contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão

de valores e de créditos e direitos de natureza financeira", alterando, desta forma, o sistema tributário constitucional pela porta falsa do ADCT.

A EC 17, de 22/11/97, modificaria, de novo, os arts. 71 e 72, para estender o Fundo Social de Emergência; e a EC 21, de 18/3/99, o prorrogaria por mais trinta e seis meses, incluindo o ar. 75 no ADCT; a EC 27, de 21/03/2000, acrescentaria o art. 76 do ADCT; a EC 29, de 13/09/2000, o art. 77 do ADCT; a EC 30, de 13/09/2000, o art. 78 no ADCT; a EC 31., de 3/12/2000, os arts. 79 a 83 do ADCT; a EC 37, de 12/06/2002, os arts. 84 a 88; e a EC 40, de 29/5/2003, o art. 52.

Mas, ainda insatisfeito, o governo arrancou do Legislativo dispositivos que não tinham lugar no texto e, assim, pela EC 25, de 13/2/2000, acrescentou-se o art. 29-A à Constituição; e pela EC 39, de 19/12/2002, acrescentou-se-lhe o art. 149-A, instaurando nova prática deplorável de balburdiamento desrespeitoso do texto constitucional, que, em breve, terá dispositivos com o mesmo número, de A a Z.

8 - Nada disso, entretanto, serviu para equilibrar a situação da União, dos Estados e dos Municípios. Vivendo não problema de receita - que cresce, inacreditavelmente, todos os meses - mas despesa, com a incontinência dos governos, entregues à preocupação da permanência no poder (principalmente depois que se votou a infeliz EC 16, de 4/6/97, que permitiu a reeleição do Presidente da República, dos Governadores e dos Prefeitos), a questão fez-se insolúvel.

Nem todas essas manobras serviram para retirar os entes públicos federativos de suas dificuldades, tanto que ora se intentam as reformas previdenciária e tributária, a fim de trazer à asfixiada novíssima república um pouco de oxigênio para que resista ao embate da realidade.

Por mais que a Constituição de 1988 tenha aumentado as receitas dos Estados e dos Municípios e que a União, para forrar-se, tenha inventado e criado contribuições de toda ordem, que lhe engordam inacreditavelmente a receita, a reclamação é geral; e o Poder Central, para atendê-las, escorcha mais e mais o contribuinte honesto, fomenta a sonegação dos desonestos e não promove a única solução autêntica de salvação pública que é o desenvolvimento humano, no seu sentido individual e social.

9 - A preocupação é com a permanência no poder, a todo preço e a qualquer custo. Disso surgiu a reeleição dos cargos de Chefia do Executivo Federal, Estadual e Municipal, com que se autoriza que o eleito para um mandato de quatro anos, no primeiro dia de exercício não pense em como cumprir os deveres do mandato, mas em como conseguir a reeleição que lhe conceda o tempo em dobro no gozo dos privilégios do poder e a possibilidade de perenizar o mando partidário.

Não esqueço o texto da Constituição Peruana de 9/4/1939 (infelizmente, depois, letra morta, lá como aqui):

"Art. 142. Não há reeleição presidencial imediata. Esta proibição não pode ser reformada nem derogada. O autor ou autores de proposição reformatória ou derogatória, e os que a apoiem direta ou indiretamente, perderão, de fato, o desempenho de seus respectivos cargos, e ficarão permanentemente inabilitados para o exercício de toda função pública".

E se o controle da inflação foi a grande vitória nacional, nestes últimos anos, a reeleição, rejeitada, até aqui, em mais de cem anos de República, representou derrota inestimável.

10 - Quanto ao chamado pacto federativo, nenhum avanço houve: nossa Federação continua uma farsa, que todos reconhecem, mas atuam como se existisse: a União, já agora por meio de contribuições que cria, e que já representam mais de metade do orçamento, sonega o que pode à redistribuição dos Estados, a que só atende como forma de pressão nas votações das matérias de seu interesse; os Estados só entregam aos Municípios as migalhas que lhes não podem sonegar.

E os grandes problemas da Federação, como a Amazônia, cobiçada, perigosamente, pelas grandes potências, e o Nordeste, abandonado e excluído, continuam ignorados, como se de sua solução não dependessem a integração nacional e o próprio fortalecimento de nossa unidade e soberania. A esse respeito, a falta de implementação efetiva dos Planos Plurianuais de Investimento prejudica a continuidade da obra administrativa, que se faz de acordo com as conveniências ocasionais, e prejuízo da própria validade do esforço.

Nesse quadro, a reforma política que daria organicidade ao Estado Democrático, com Legislativo independente, forte e atuante, e partidos políticos estruturados e ativos, é uma utopia, à qual nem mais se abalançam os teóricos da política, o que significa adiar a oportunidade de criação de condições para a atuação eficaz do Congresso, contraponto da ação do Executivo.

11 - No que se refere à ordem econômica, consagrou-se, no texto, a linha neoliberal, com o predomínio da livre iniciativa, da livre concorrência e as garantias ao direito de propriedade - contra o que se pretendeu, a princípio, nas discussões, imperante, em boa parte dos Constituintes (principalmente os relatores parciais), a linha socializante; e o Estado, desarmado, no texto francamente liberal, dos instrumentos de intervenção - e os mesmos que combatem a orientação são forçados a reconhecê-lo - procurou os subterfúgios e manobras que lhe permitissem a intervenção sempre sonhada pelos que desejam ter o controle do poder, incontrastavelmente.

Se para isso não lhes serviu o art. 173, que cuida da exploração direta da atividade econômica pelo Estado, e por ela, responsável direto, arca com ônus que não lhe interessam; nem o art. 174, que excluiu o "controle" do texto inicial, autorizando-lhe, "na forma da lei, as funções de fiscalizar, incentivar e planejar", partiram os estatizantes para fórmula menos ortodoxa e menos direta.

Assim, o art. 149, mesmo não havendo no texto a autorização para a intervenção do Estado na ordem econômica (que constava expressamente do art. 152, § 8º, da Constituição de 1967 e do art. 163 e parágrafo único da EC 1/69) autorizou à União a instituição de contribuições sociais para intervenção no domínio econômico, com o que cobra contribuição para intervenção que o texto não prevê.

12 - Mais: costurou-se a criação das Agências Reguladoras, *longa-manus* intervencionista do Estado, na ordem econômica.

Com efeito, o art. 21, XI, declarou a competência da União para *"XI - explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais"*.

O texto primitivo, de 1988, assegurava a exploração direta pela União, bem como a prestação de serviços por entidades de direito privado; a EC 8/95 autorizou a criação do referido órgão regulador etc.

Só para telecomunicações: com efeito, só o inciso XI traz expressa autorização para a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.

A União, contudo, já criou, por exemplo, a ANEEL (Agência de Energia Elétrica), a ANP (Agência Nacional do Petróleo), a ANA (Agência Nacional de Água) etc., no fundo, intervindo nos setores, de seu interesse, sem que o texto o previsse e autorizasse.

13 - Por fim, quanto ao Judiciário, não é menos animadora a situação. As modificações estruturais havidas, em nada favoreceram a solução dos problemas que o atingiam e atingem.

13.1 - Assim, medida ampliadora de resultados desfavoráveis foi a do art. 103, ao acrescer desmedidamente os legitimados para a ação de inconstitucionalidade.

Se o sistema anterior - que só legitimava o Procurador Geral da República, instância irrecurável da propositura da ação - era insustentável, porque o colocava em nível superior ao da própria Corte Suprema (podendo impedir o acesso a ela), o barateamento da ação teve efeito igualmente desfavorável: elevou para a centena os legitimados, e pior, como assinalamos (ob. cit., p. 152), demais disso colocando o Supremo Tribunal Federal em

posição de árbitro de questões que, em princípio, lhe deveriam ser estranhas, como tem acontecido: o partido que perde, no Congresso, a votação de determinado texto legal, procura a Corte para impugná-lo, movido muito, quando não exclusivamente, pelo interesse imediatista eleitoral.

13.2 - Outro problema criado foi o § 1º do art. 103, exigindo a audiência prévia do Procurador Geral da República nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal, o que tem facilitado o agravamento da morosidade dos julgamentos, se a Procuradoria (nem sempre ou quase nunca) tem condições de atender, com presteza, à obrigação constitucional, no acúmulo de feitos e recursos.

13.3 - Outra questão que passados esses quinze anos, continua irresolvida, é a do Estatuto da Magistratura, que o art. 93 determinou se fizesse, por iniciativa do Supremo Tribunal Federal: enviado o projeto respectivo pela Corte ao Congresso Nacional, há dez anos, até agora dormita nos escaninhos dos gabinetes parlamentares, enquanto queixas se avolumam e problemas se agravam, sobretudo no que se refere ao poder disciplinar das Cortes sobre os juízes.

Se houvesse sido votado, provavelmente, não se estaria falando mais no esdrúxulo e inaceitável "controle externo do Judiciário", que não objetiva senão, em verdade, a intervenção nas prerrogativas do Poder.

13.4 - O que aconteceu é que modificações estruturais para desafogar o Judiciário e, em especial, o Supremo Tribunal Federal, goraram: I - a criação do Superior Tribunal de Justiça, para desobstruir o Corte Suprema, a bem da verdade, criou mais uma instância de recurso - o especial - incapaz o legislador de encontrar, na lei processual, o caminho das pedras para a aceleração da tramitação dos feitos.

Acrescente-se que, demais disso, acolhendo recursos de todos os tribunais de segunda instância do País, a carga ultrapassou todas as previsões, e o STJ é hoje tribunal tanto ou mais afogado em recursos do que o STF.

A criação dos Tribunais Regionais Federais, se ordenou a estrutura com a segunda instância dos feitos federais, em face de tudo o que aconteceu (planos federais frustrados e prejudiciais às classes de sujeitos econômicos), não serviu para minorar o acúmulo de feitos, nem impediu que as partes continuem a tentar novos recursos, em "recursismo" insaciável.

14 - Desse sucinto apanhado, verifica-se que a Constituição de 1988, nesses quase quinze anos, ao sofrer o embate da realidade, foi submetida pelo Executivo e Legislativo a modificações que, antes de melhorar-lhe a estrutura, mais ainda a desfiguraram.

As emendas constitucionais (a esta altura, quarenta, mais 6 de Re-

visão) não contribuíram para a melhoria do texto; antes, atendendo muitas vezes, a interesses conjunturais, o enfeieram; a ponto de não faltarem os que lhe pregam a substituição por outra, votada por outro Congresso, com poderes constituintes exclusivos.

Não é esta a nossa opinião: a triste experiência que temos tido é a de que os novos textos, em geral, pioram os anteriores, além de levantar novas dúvidas quanto ao seu real alcance.

15 - O que precisamos é de Governo (principalmente o Executivo) que abandone a ingloria vocação de mudar a lei e a Constituição, em vez de cumpri-las: entre nós, ultimamente, se a lei não agrada ao governante, opondo-lhe qualquer embaraço aos intentos, modifica-a, ou pela via ampla, aberta das Medidas Provisórias, ou até mesmo pelas Emendas Constitucionais.

Impõe-se aplicá-la, dar-lhe a compreensão que a realidade suscita e que os Tribunais, culminando no Supremo Tribunal Federal, ditarão.

Leis, temo-las para atender a todas as situações; e, bem interpretadas, contribuirão para a paz social, que faz a grandeza das nações; a disciplina da lei, que, assegurando o desenvolvimento com estabilidade, são o que falta para que sejamos o Brasil feliz da "Ordem e Progresso". □